

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les nouvelles exceptions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement

Laurent, Philippe

*Published in:*  
Auteurs et Media

*Publication date:*  
2008

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Laurent, P 2008, 'Les nouvelles exceptions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement: l'ère de l'e-learning', *Auteurs et Media*, Numéro 3, p. 180-193.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Les nouvelles exceptions au droit d'auteur en faveur de l'enseignement: l'ère de l'e-learning<sup>(1)</sup>

*Philippe Laurent, chercheur au C.R.I.D., assistant aux F.U.N.D.P., avocat au barreau de Bruxelles, Marx Van Ranst Vermeersch & Partners<sup>(2)</sup>*

*Cette contribution propose une analyse systématique des exceptions en faveur de l'illustration de l'enseignement après modification de la loi sur le droit d'auteur par la loi du 22 mai 2005. Après des considérations générales sur le régime actuel des exceptions au droit d'auteur, sont tour à tour étudiées l'exception de copie sur papier ou format similaire, l'exception de copie sur d'autres formats, l'exception d'exécution dans le cadre d'activités scolaires, et la nouvelle exception spécifique consacrée aux activités d'e-learning.*

*Deze bijdrage biedt een systematische analyse van de uitzonderingen op het auteursrecht ten behoeve van de illustratie bij onderwijs na de wijzigingen van de auteurswet door de wet van 22 mei 2005. Na een aantal algemene opmerkingen over het actueel auteursrechtelijke uitzonderingsregime, worden de volgende uitzonderingen bestudeerd: kopieën op een grafische of soortgelijke drager, kopieën op andere dragers, uitvoering in het kader van schoolactiviteiten en de nieuwe specifieke uitzondering voor de e-learning activiteiten.*

Le développement des technologies de l'information et de la communication a bouleversé de nombreux secteurs et celui de l'enseignement n'a pas échappé à la règle. Depuis quelques années, l'Internet devient un outil incontournable de formation et de transfert du savoir, qu'il s'agisse du simple support complémentaire de cours donnés en «présentiel»<sup>(3)</sup> ou de la véritable formation dispensée intégralement à distance. Tout comme dans le cadre de cours en présentiel, les professeurs et concepteurs de cours en ligne font fréquemment usage d'éléments protégés par le droit d'auteur.

La consécration d'exceptions au droit d'auteur favorables à l'enseignement est un phénomène assez récent en Belgique. Pour rappel, les premières exceptions spécifiques de reprographie et de copie à des fins d'illustration de l'enseignement ne sont apparues qu'à la suite de l'adoption de la loi du 31 août 1998 (ci-dessous la loi de 1998) transposant en droit belge la directive relative à la protection des bases de données<sup>(4)</sup>, et modifiant la L.D.A.<sup>(5)(6)</sup>. La version originale de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, 4, de cette loi ne prévoyait en effet qu'une exception générale pour les reproductions effectuées dans un but «privé ou didactique»<sup>(7)</sup>.

(1) Cette contribution rassemble les résultats d'une recherche financée par le fonds spécial de recherche des Facultés universitaires Notre-Dame de la paix à Namur.

(2) L'auteur remercie Séverine Dusollier et Maria José Iglesias pour leurs commentaires avisés.

(3) Expression désignant les cours donnés en présence physique des étudiants et dont l'usage se répand afin de distinguer ces cours dispensés «de manière traditionnelle» de ceux donnés «à distance».

(4) Loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive relative à la protection des bases de données, M.B., 14 novembre 1998.

(5) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, M.B., 27 juillet 1994, de nombreux *errata* ayant été publiés par la suite, et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1994.

(6) Pour une analyse des exceptions en faveur de l'enseignement avant les modifications de 2005, voir F. BRISON, «Het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken in digitale leerplatformen», A&M, 2004/1, pp. 20 et s.

(7) Pour un commentaire sur cet ancien article, voy. F. DUBUISSON, «L'exception de reproduction d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue dans un but privé ou didactique», J.T., 1997, pp. 652 et s.

La loi du 22 mai 2005 (ci-dessous la loi de 2005<sup>(8)</sup>) transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-dessous la directive), et modifiant de ce fait également la L.D.A., a rénové les exceptions préexistantes, afin de les adapter aux nouvelles technologies, et a introduit une nouvelle exception au droit de communication au public afin de favoriser l'enseignement à distance.

La présente contribution a pour objectif d'aider le juriste dans l'analyse parfois difficile des exceptions en faveur de l'enseignement et leur application aux nouvelles technologies, ainsi que dans l'appréciation des conditions qui doivent être remplies à cette fin.

## I. À propos des exceptions en général

Avant d'analyser précisément les exceptions visées, il semble essentiel de souligner au préalable les différentes modifications apportées au régime des exceptions en général, le but n'étant pas ici de développer dans le détail, voire de trancher, certaines polémiques, mais de faire un rapide état des lieux préliminaire sur des questions qui exercent une influence directe sur la matière abordée.

### A. La publication licite de l'œuvre

Les exceptions que nous étudierons dans le cadre de la présente contribution sont des exceptions prévues à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, de la loi sur le droit d'auteur telle que modifiée par la loi de 2005. L'ensemble des exceptions de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, n'est applicable que lorsque l'œuvre a été «licitement publiée».

Cette condition préalable fit l'objet d'importants débats bien avant l'adoption de la loi de 2005. Faut-

il comprendre que les exceptions ne sont applicables que lorsque la reproduction ou la communication visées se font à partir d'une communication antérieure ou d'un original dûment autorisés par l'auteur, ou simplement que ces exceptions ne peuvent s'appliquer lorsque l'auteur n'a pas encore exercé son droit moral de divulgation de l'œuvre?

Alors que la première interprétation aurait pour conséquence d'annuler l'effet des exceptions dès que les reproductions ou les communications qu'elles sont censées couvrir sont faites à partir de contrefaçons, la seconde interprétation n'empêche l'application des exceptions que dans le cas extrême où l'œuvre aurait été divulguée à l'insu ou contre le gré de son auteur.

La première interprétation ne serait pas du tout favorable à la recherche de documents et matériaux sur Internet à des fins d'illustration de l'enseignement: elle ferait naître dans le chef des enseignants le devoir de s'assurer que ces matériaux ont été mis à disposition avec l'accord du titulaire des droits y relatifs, ou du moins, de manière licite. Pareille interprétation créée également une certaine insécurité juridique, dès lors qu'elle pourrait remettre en question l'application des exceptions si une irrégularité entachait l'une des étapes de l'éventuelle succession de reproductions et communications que l'œuvre pourrait avoir traversées.

Dans une certaine confusion, le législateur a considéré la proposition de modifier cet énoncé afin d'imposer que les œuvres soient «acquises de manière licite»<sup>(9)</sup>: cette proposition fut rejetée, certains représentants ayant insisté sur le fait qu'il s'agissait bien uniquement d'une référence au droit moral de divulgation des auteurs<sup>(10)</sup>. Cette dernière solution est soutenue par une majorité d'auteurs<sup>(11)</sup>, auxquels nous nous rallions.

Le fondement des exceptions pédagogiques étant l'intérêt public ou général<sup>(12)</sup>, nous ne comprendrions pas pour quelles raisons l'enseignement pourrait bénéficier ou non de ses exceptions en fonction du

(8) Loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *M.B.*, 27 mai 2005.

(9) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/013, pp. 25-29.

(10) Voy. par exemple *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/010, p. 3, où le représentant fait noter, à juste titre, qu'une pareille condition n'est pas imposée dans le cadre des exceptions aux droits voisins (article 46 de la loi sur le droit d'auteur).

(11) M.-C. JANSSENS, «De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005 – Een eerste analyse», *A&M*, 2005, n° 6, p. 489, ainsi que les références en notes 71 et 72.

(12) Le préambule du Traité de l'O.M.P.I. reconnaît expressément la «nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne». Voy. également M. BUYDENS, «La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et de ses droits voisins dans la société de l'information: le régime des exceptions», *A&M*, 2001, p. 431; M. BUYDENS et S. DUSOLIER, «Les exceptions au droit d'auteur: évolutions dangereuses», *Communication - Commerce électronique*, 2001, n° 9, pp. 10 et s.; K. VAN DER PERRE, «Reprographie, digitale onderwijsuitzondering, privé-kopie en leenrecht na de Wet van 22 mei 2005: standpunt van de auteurs», *A&M*, 2005/6, p. 520.

caractère «licite» ou non de la source des matériaux utilisés<sup>(13)</sup>. Cette considération semble se confirmer à la lecture de la Convention de Berne<sup>(14)</sup>. Alors que son article 10, § 1<sup>er</sup>, permet aux États membres de prévoir une exception pour la citation d'œuvres «déjà rendues licitement accessibles au public», pareille condition n'est pas prévue au paragraphe 2 du même article consacré aux exceptions pour l'illustration de l'enseignement.

## B. L'application du test des trois étapes

L'article 5.5 de la directive prévoit que «les exceptions et limitations prévues [...] ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit». Cette disposition n'est autre que le test dit «des trois étapes» déjà présent dans différents traités internationaux antérieurs, dont la Convention de Berne (article 9, § 2)<sup>(15)</sup>, l'accord A.D.P.I.C. (article 13) et les deux Traités O.M.P.I. (voy. par exemple l'article 10 du Traité de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur). La première étape de ce test consiste à apprécier le caractère «spécial» du cas visé par l'exception. La deuxième étape prévoit de vérifier que l'exception ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. La troisième étape consiste à apprécier si l'exception ne cause pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

La doctrine<sup>(16)</sup> s'est toujours divisée sur la question de savoir si ce test prévu à l'article 5.5 de la directive, normalement destiné par sa nature aux législateurs nationaux, pouvait également être pris

en compte par les cours et tribunaux dans l'appréciation de l'application d'une exception à un cas d'espèce leur étant soumis.

L'attention du législateur belge a été attirée sur le fait que, lorsqu'il prévoit des exceptions, il doit «tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique»<sup>(17)</sup>. La tâche du législateur, de même que l'enjeu de la question, étaient clairement déterminés. Certains parlementaires ont proposé d'insérer une clause prévoyant l'application générale du test des trois étapes à toutes les exceptions<sup>(18)</sup>. D'autres ont relevé que certaines étapes du test étaient reprises parmi les conditions d'applications de certaines exceptions seulement, et se demandaient s'il ne fallait pas effectuer une coordination en ce sens<sup>(19)</sup>. Cependant, aucune de ces solutions n'a été retenue. Dans son rapport, Guy Hove souligne que «le gouvernement a décidé de ne pas reprendre le principe du test en trois étapes dans la loi mais plutôt dans l'exposé des motifs»; en effet, «ce serait un mauvais signal si le législateur reprenait ce test dans la loi elle-même. On pourrait en conclure que le législateur n'est pas certain que les exceptions nationales sont conformes au test en trois étapes. Le gouvernement veut donc éviter de créer une insécurité juridique»<sup>(20)</sup>.

Reste la question de savoir si les cours et tribunaux peuvent (ou doivent) également appliquer le test des trois étapes, et dans l'affirmative, si cette appréciation doit se faire *in abstracto* ou *in concreto*. À cet égard, l'exposé des motifs nous informe que «le test en trois étapes, tel qu'il est repris dans l'article 5.5 de la directive est donc destiné avant tout au législateur, ce qui n'empêche toutefois pas qu'il peut servir de ligne directrice pour les cours et tri-

(13) Voy. entre autres à cet égard S. DUSOLIER, «L'utilisation légitime de l'œuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?», *Communication – Commerce électronique*, novembre 2005, pp. 17 à 20. À propos du débat sur l'exigence d'une «source licite» en France, voy. par exemple A. SINGH et Th. DEBIESSE, «Réseaux P2P: pertinence et définition de la source licite», *R.L.D.I.*, 2006/18, n° 554, p. 75.

(14) Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, révisée en dernier lieu par l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979.

(15) Il est intéressant de noter qu'à l'inverse de la directive, les exceptions à des fins d'illustration de l'enseignement permises par l'article 10, § 2, de la Convention de Berne ne sont pas soumises au test des trois étapes prévu à l'article 9, § 2, de la même Convention. M.-J. IGLESIAS, *Limitaciones docentes a la propiedad intelectual: derecho internacional español y comparado y opciones de política legislativa*, thèse doctorale, Universitat de les illes Balears, Facultat de derecho, Palma de Mallorca, septembre 2007, p. 146, et références.

(16) Voy. par exemple S. DUSOLIER, «L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes», *I.R.D.I.*, 2005, n° 2, pp. 213 et s.; Ch. CARON, «Le test des trois étapes selon la Cour de cassation», note sous Cass. fr., 28 février 2006, *Communication – Commerce électronique*, avril 2006, pp. 24 et s.; Ch. GEIGER, «Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur?», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, avril 2006, pp. 49 et s.; B. MAY, «Droit d'auteur: le «triple test» à l'ère numérique», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, avril 2006, pp. 63 et s.

(17) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 14.

(18) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 26.

(19) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 28.

(20) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/013, pp. 15 et 16.

bunaux lors de l'application de la loi»<sup>(21)</sup>. Le test des trois étapes ne peut en tout cas pas être écarté en tant que règle d'interprétation<sup>(22)</sup>: dans le cas où une exception n'est pas claire ou est invoquée dans une situation non envisagée par le législateur, le juge se met «à la place» de ce dernier afin d'effectuer un examen *in abstracto*<sup>(23)</sup>. L'application *in concreto* du test par le juge est défendue par de nombreux partisans qui invoquent, entre autres, la nécessité de souplesse juridique en réponse à la vitesse de développement des nouvelles technologies<sup>(24)</sup>. D'une façon générale, nous partageons cette réflexion lorsqu'elle ne mène pas à rendre systématiquement ces exceptions inopérantes ou à méconnaître les principes fondamentaux qui les sous-tendent.

En ce qui concerne spécifiquement les exceptions en faveur de l'enseignement, l'on remarquera tout d'abord que la première étape semble d'office passée avec succès, puisque les exceptions analysées portent toutes sur une situation spéciale, à savoir la réutilisation d'œuvres à des fins pédagogiques (plus ou moins spécifiées).

Ensuite, l'on remarquera que la deuxième étape du test a été reprise et intégrée parmi les conditions d'application de la majorité des exceptions analysées. En effet, les exceptions de reprographie (article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 4bis), de copie (article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 4ter) et d'enseignement à distance (article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 4quater) ne peuvent s'appliquer que pour autant que cela

ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre. Le juge ne pourra dès lors pas échapper à la tâche de déterminer l'exploitation normale<sup>(25)</sup> de l'œuvre et d'apprécier si l'usage qui en est fait y porte atteinte ou non. À cet égard, si ce critère paraît de prime abord assez flou, une distinction importante à effectuer parmi les œuvres semble pouvoir faciliter son application: cette condition nous paraît en effet imposer la distinction entre les œuvres pédagogiques, et particulièrement celles qui sont créées afin d'être utilisées dans le cadre du cours envisagé, de celles qui ne le sont pas. Les œuvres pédagogiques (manuels de cours, cahiers d'exercices préimprimés, syllabus, etc.) sont les œuvres spécifiquement dédiées à des utilisateurs ciblés, à savoir les professeurs et étudiants. On se rend compte que le public visé par les auteurs et éditeurs de ce type d'œuvre comprend avant tout les bénéficiaires «naturels» des exceptions pédagogiques. Dans ce cas d'espèce, l'application des exceptions pédagogiques risquerait d'avoir pour conséquence de faire chuter les ventes de pareilles œuvres, et donc de «préjudicier à l'exploitation normale de l'œuvre». En d'autres termes, la pratique consistant à distribuer systématiquement des reprographes d'extraits de pareils manuels spécifiques aux étudiants de la classe<sup>(26)</sup> risque davantage d'être retenue comme portant atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre que la distribution d'extraits photocopiés d'un roman *best seller* par exemple<sup>(27)</sup>.

(21) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 14.

(22) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 135.

(23) S. DUSOLIER, *op. cit.*, pp. 213 et s.

(24) F. BRISON et B. MICHAUX, «La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique», *A&M*, 2005, n° 3, p. 216; M.-C. JANSSENS, «De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005 - Een eerste analyse», *A&M*, 2005, n° 6, p. 485; B. MAY, *op. cit.*, p. 64; Ch. GEIGER, *op. cit.*, pp. 454 et s.

(25) On notera que le législateur a déjà considéré en 1998 que l'exploitation normale pouvait également viser les nouvelles formes de transmission électronique. Voy. l'exposé des motifs de la loi du 31 août 1998, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1997-1998, n°s 1535/1 et 1536/1, pp. 48-49.

(26) Certains auteurs soulignent l'illégalité de certaines pratiques pourtant courantes dans le domaine de l'enseignement. Voy. par exemple A. GRANCHET, «Enseignement et droit d'auteur», *Communication - Commerce électronique*, décembre 2005, p. 21.

(27) Dans certains autres pays européens, les œuvres pédagogiques sont explicitement exclues du champ d'application des exceptions en faveur de l'enseignement. C'est le cas par exemple en France, où le nouvel article L 122-5, 3°, e), du Code de la propriété intellectuelle

prévoit une exception «sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques». La loi allemande (article 52a du *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*) prévoit la même limitation à l'exception pour l'illustration de l'enseignement.

Sur la nouvelle disposition française, voy. par exemple A. LEBOIS, «Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement, la consécration?», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, mars 2007, supplément au n° 25, pp. 18 et s.; Ch. ALLEAUME, «Les exceptions de pédagogie et de recherche», *Communication - Commerce électronique*, novembre 2006, pp. 13 et s. Pour une analyse plus générale des exceptions pédagogiques et de leur disparité en droit européen, voir également R. XALABARDER, *Copyrights exceptions for teaching purposes in Europe*, U.O.C. working paper, juillet 2004, disponible à l'adresse <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/20418.pdf>; V.-L. BENABOU, «L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur», programme numérisation pour l'enseignement et la recherche, 2002, disponible à l'adresse <http://edutice.archives-ouvertes.fr/edutice-00000031/en/>; M.-J. IGLESIAS, *op. cit.*; G. WESKAMP, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the member states*, Queen Mary, University of London, Février 2007, disponible sur le site de la Commission européenne à l'adresse [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/studies/studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm).



## C. Remise en cause du caractère impératif des exceptions

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 23*bis* prévoit que les dispositions de l'article 22 sont impératives.

La loi du 22 mai 2005 a restreint de façon importante cette disposition, en ajoutant qu'«il peut toutefois être contractuellement dérogé aux dispositions visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> lorsqu'il s'agit d'œuvres qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement». Cette modification vise avant tout à retirer aux exceptions leur caractère impératif lorsque les œuvres sont mises à disposition sur Internet: dans ce cas, des clauses contractuelles d'accès pourraient très bien prévoir que l'utilisateur renonce à l'usage de certaines exceptions. L'on pourrait dès lors imaginer qu'en accédant à des œuvres sous pareilles conditions, les enseignants «s'engageraient» à ne pas les reproduire pour leurs étudiants dans le cadre de leur exception de copie ou reprographie par exemple. Ces clauses ne seraient pas frappées de nullité et pourraient engager la responsabilité des enseignants s'ils devaient ne pas respecter cet engagement.

## II. Modification des exceptions existantes

Avant la réforme de 2005, la loi sur le droit d'auteur prévoyait déjà des exceptions de reprographie (point A) et autres copies (point B). Elle prévoyait également une exception de communication «privée» qui fut étendue au «cadre d'activités scolaires», raison pour laquelle elle sera également étudiée dans cette contribution (point C).

La loi prévoyait aussi une limitation pour les anthologies destinées à l'enseignement (article 21, § 2) qui fut légèrement modifiée en 2005. Dans la mesure où cette limitation prend la forme d'une licence obligatoire<sup>(28)</sup>, elle ne sera pas analysée ci-dessous.

Mentionnons encore les exceptions qui étaient déjà prévues à l'article 22*bis* de la L.D.A. en matière de droits d'auteur sur les bases de données, et qui furent également modifiées par la loi de 2005. Ces exceptions ne seront pas analysées en tant que telles dans la présente contribution, mais le lecteur ne man-

quera pas de remarquer les parallélismes qui peuvent être établis avec les exceptions de l'article 22.

### A. «Reprographie» ou copie sur papier ou format similaire (exception 4<sup>o</sup>*bis*)

À la suite de la modification de 2005, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 4*bis*, de la loi sur le droit d'auteur prévoit une exception pour copie sur papier ou format similaire en faveur de la recherche et de l'enseignement selon les termes suivants:

«Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres lorsque cette reproduction est effectuée sur papier ou sur un support similaire, au moyen de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et qui ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée»<sup>(29)</sup>.

Les conditions énoncées sont cumulatives, et nous proposons de les analyser une par une ci-dessous.

L'objectif de la reproduction est le premier critère d'application de l'exception: elle doit être faite à des fins d'illustration de l'enseignement. Le terme «illustration», déjà utilisé dans la Convention de Berne (article 10, § 2) et repris dans la directive (article 5, § 3, a) a pour principal objet d'imposer une limitation quantitative quant au nombre d'œuvres utilisées<sup>(30)</sup>. L'usage du terme induit également que l'utilisation de l'œuvre vienne nécessairement «au renfort d'un discours pédagogique ou scientifique et ne saurait être réalisée en dehors de ce cadre»<sup>(31)</sup>. En d'autres termes la reproduction doit servir d'accès à l'enseignement et non l'inverse.

L'application de l'exception se distingue en fonction du type d'œuvre. La reproduction intégrale est uniquement autorisée en ce qui concerne les articles ou les œuvres plastiques. Par contre, seule une reproduction fragmentaire est autorisée en ce qui concerne les autres œuvres. L'autorisation de reproduction partielle ou intégrale d'œuvres plastiques ne nécessite pas d'explication et se comprend aisément:

(28) L'accord de l'auteur est requis et, à sa mort, ses ayants droit doivent de toute façon être contactés afin de convenir d'une rémunération équitable.

(29) Notons que cette modification apportée par la loi de 2005 n'entrera en vigueur qu'à la date fixée par

arrêté royal (voy. article 40, § 2, de la loi du 22 mai 2005).

(30) R. XALABARDER, *op. cit.*, p. 6.

(31) V.-L. BENABOU, *op. cit.*, p. 64.

il semble en effet essentiel de pouvoir, par exemple, reproduire des photographies complètes de tableaux ou de sculptures afin d'enseigner l'art. La distinction entre les articles et les autres œuvres (les livres par exemple) fait, par contre, toujours sourciller les enseignants: il y a des articles très longs, qui peuvent parfois couvrir un numéro entier de revue, et des livres très courts. Pareille observation est loin d'être récente<sup>(32)</sup>, mais en l'absence de jurisprudence sur cette distinction, le praticien devra faire appel à son sens de la mesure et du raisonnable, et tranchera la question à la lumière des autres conditions de l'exception (entre autres, l'exigence de ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre).

L'une des modifications remarquables effectuées par la loi de 2005 en matière d'exceptions a été de ne plus prendre comme critère d'application le format de la source de la reproduction, mais bien le format de destination. Ce critère de format de destination est celui qui distingue l'exception 4<sup>o</sup>*bis* de l'exception 4<sup>o</sup>*ter*. L'exception 4<sup>o</sup>*bis* couvre des reproductions dont le format de destination est un support papier ou similaire, et l'exception 4<sup>o</sup>*ter* vise la reproduction sur tout autre support, à savoir, entre autres, les formats numériques, audio et vidéo<sup>(33)</sup>.

L'exception 4<sup>o</sup>*bis* couvre avant tout la reprographie, ce qui comprend, entre autres, la traditionnelle photocopie. Mais, plus généralement, elle vise toute impression sur papier ou format similaire. En conséquence elle couvre également l'impression sur papier de documents qui sont, à l'origine, numériques (tels que des fichiers textes, des photos digitales, etc.). Parmi les supports similaires au papier visés par l'exception, l'on classe traditionnellement les microfiches et les transparents<sup>(34)</sup>. Selon nous, cette exception couvrirait également les prises de vue sur diapositives par exemple<sup>(35)</sup>.

La loi prévoit que les reproductions doivent être faites «au moyen de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire». Nous remarquerons d'ores et déjà que

cette condition est également présente en matière de copie numérique (exception 4<sup>o</sup>*ter*). Cet élément laisse perplexe si l'on compare l'objectif de l'exception (couvrir toute reproduction sur papier et similaire) et la définition technique de la photographie. La photographie est généralement présentée comme étant la technique qui permet de créer des images par l'action de la lumière<sup>(36)</sup>. La photocopieuse est effectivement un outil faisant appel à cette technique: les pages présentées sur la surface vitrée sont «photographiées» et reproduites sur du papier. Par contre, l'impression d'un fichier texte originairement sous format numérique n'implique pas en soi de technique photographique: des instructions techniques sont données à une machine (l'imprimante) afin de teindre le papier aux endroits déterminés<sup>(37)</sup>. Aucune captation de lumière n'est à l'origine de la reproduction dans ce cas de figure. L'on se demandera en outre si tout «résultat similaire» n'équivaut pas *de facto* à toute impression sur papier ou similaire (ce qui est déjà repris comme condition de l'exception). Aucune indication sur cette «précision» malheureuse n'est apportée dans les travaux préparatoires. Il semblerait qu'il ne s'agisse au final que d'un «résidu» regrettable de l'ancienne formulation de l'exception, ou d'un «copier-coller» mal effectué<sup>(38)</sup>. Ce passage semble dès lors bien inutile, le critère de format de destination étant quant à lui clair et déterminant.

La reproduction doit être faite dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi. Reprenant les termes du considérant 42 de la directive, les travaux préparatoires expliquent qu'«en ce qui concerne les exceptions relatives à l'enseignement et à la recherche scientifique (article 22, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>*bis* et 4<sup>o</sup>*ter* proposé), le but non lucratif poursuivi de l'activité en question doit être déterminé par cette activité en tant que telle; la structure organisationnelle et les moyens de financement de l'établissement concerné ne sont pas des éléments déterminants à cet égard [...]. Il pourrait notamment s'agir de certaines activités d'institutions telles que le V.D.A.B., le For.Em.

(32) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1993-1994, n° 473/33-91/92, p. 193.

(33) Ceci semblerait être contesté par certains auteurs, *cfr infra*.

(34) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 11.

(35) Il s'agira de faire la distinction entre, d'une part, la création d'un transparent ou d'une dia, qui sera analysée comme une reproduction, et, d'autre part, la présentation de ceux-ci à une classe, qui sera considérée comme étant une communication au public (exécution).

(36) «Procédé, technique permettant d'obtenir l'image durable des objets, par l'action de la lumière sur une surface sensible (film, capteur)». P. ROBERT, *Le nouveau*

*petit Robert*, texte remanié et amplifié sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, édition 2008, Paris, Le Robert, p. 1890, v° «Photographie».

(37) Les travaux parlementaires expliquent bien que «l'impression d'un texte téléchargé qui est protégé, pourra être qualifiée, le cas échéant, de reprographie». *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 11.

(38) Nous remarquerons que la directive elle-même prévoit cette condition, mais uniquement en ce qui concerne la reprographie privée (article 5, § 2, a). Cette condition reste tout aussi critiquable dans ce cadre. Elle n'est cependant pas reprise dans l'énoncé de la limitation prévue par la directive au bénéfice de la recherche et de l'enseignement (article 5, § 3, a).

ou l'O.R.B.Em.»<sup>(39)</sup>. Selon ces consignes, le fait que ce soit, par exemple, une a.s.b.l. qui organise l'enseignement n'entraînera pas d'office l'application de l'exception, la structure organisationnelle n'étant pas retenue comme critère. Seule l'activité en tant que telle importe. À cet égard, une distinction importante doit être effectuée: l'exception impose une activité non lucrative, mais pas forcément gratuite<sup>(40)</sup>. L'enseignement peut être dispensé à un certain prix (prix d'entrée, prix des supports, etc.) à condition que l'argent récolté ne serve qu'à rembourser les frais d'organisation de l'événement (location de la salle, consommations électriques, etc.) et de matériel (frais de papier et impression des supports, etc.), mais sans que l'organisateur ne puisse faire de profit.

La reproduction envisagée ne peut se faire que si la source et le nom de l'auteur sont indiqués à moins que cela ne s'avère impossible. Cette dernière condition, imposée par la directive<sup>(41)</sup>, ne semble pas appeler de remarque particulière.

Nous ne reviendrons pas sur la condition de ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, celle-ci ayant déjà été abordée ci-dessus (*cfr supra* – section consacrée au test des trois étapes).

## B. Autres copies (exception 4<sup>ter</sup>)

L'article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 4<sup>ter</sup>, qui prévoit une exception pour la copie (autre que la copie sur papier ou format similaire), a également été modifié et prévoit à présent que lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire:

«la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres lorsque cette reproduction est effectuée sur tout support autre que sur papier ou support similaire, à l'aide de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire, à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, pour autant, à moins que cela ne s'avère impossible, que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée».

Nous avons déjà souligné la relation «dichotomique» entre les dispositions 4<sup>bis</sup> et 4<sup>ter</sup>, la première visant tout type de reproduction vers un format papier ou similaire, et la seconde vers les autres formats.

L'exception 4<sup>ter</sup> visant les reproductions vers tous formats autres que les formats papier ou similaire sera donc invoquée pour couvrir des reproductions sous formats numériques (textes ou autres). Cette exception devrait également pouvoir être invoquée, selon nous, pour des reproductions sous formats audio ou vidéo. Assez étonnamment, il semblerait que pareille interprétation ne fasse pas l'unanimité<sup>(42)</sup>. Elle nous paraît pourtant difficilement critiquable pour les raisons suivantes. Tout d'abord, elle est conforme à la lettre de l'exception: on parle bien d'autres œuvres pouvant être reproduites sur des formats autres que papiers ou similaires. Nous ne verrions donc pas pourquoi les œuvres audiovisuelles devraient être exclues des «autres œuvres», le texte ne prévoyant rien dans ce sens. Ensuite, il s'agit d'établir un parallèle entre les exceptions de reproduction privée et les exceptions de reproduction au bénéfice de l'enseignement. Tout comme l'exception 4<sup>o</sup> porte sur la reprographie privée, l'exception 4<sup>bis</sup> porte sur une exception de reprographie au bénéfice de l'enseignement. De même, tout comme l'exception 5<sup>o</sup> porte sur la copie privée sur tout support autre que sur papier ou support similaire, l'exception 4<sup>ter</sup> porte sur la copie à des fins d'enseignement sur tout support autre que sur papier ou support similaire. Personne ne conteste que l'exception 5<sup>o</sup> couvre et couvre toujours les reproductions sonores et audiovisuelles. S'il est vrai que l'énoncé de l'exception 5<sup>o</sup> visait expressément ce cas de figure avant sa modification par la loi du 22 mai 2005, il n'en reste pas moins que son objet est à présent défini dans des termes similaires à ceux de l'exception 4<sup>ter</sup>. Enfin, comme le soulignent certains auteurs, il s'agit de respecter une certaine cohérence parmi les exceptions au bénéfice de l'enseignement<sup>(43)</sup>. Nous le verrons, l'exception 3<sup>o</sup> couvre l'exécution d'œuvres (en ce compris les œuvres sonores et audiovisuelles) dans le cadre d'activités scolaires; la présentation à une classe d'une émission de télévision impliquera

(39) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/001, p. 11.

(40) Par opposition à l'exception de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 3 par exemple, *cfr infra*.

(41) Article 5.3.a de la directive.

(42) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX ne semblent pas se formaliser à l'idée que la modification légale permette à présent la reproduction de courts fragments d'œuvres audiovisuelles: voy. «Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique: la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert?»,

*J.T.*, 2006, p. 137. M.-C. JANSSENS se pose également la question de l'étendue des termes «d'autres œuvres» et souligne à raison les problèmes de cohésion entre d'une part l'exception 3<sup>o</sup> et l'exception 4<sup>ter</sup> à supposer que celle-ci ne puisse pas s'appliquer aux œuvres audiovisuelles: *op. cit.*, p. 495. Par contre, K. VAN DER PERRE semble toujours considérer que la reproduction, même partielle, d'œuvres audiovisuelles pour l'illustration de l'enseignement resterait entièrement soumise au régime des droits exclusifs des auteurs: *op. cit.*, p. 521.

(43) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, 2006, p. 137; M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 495.



la reproduction préalable de celle-ci (*time-shifting*)<sup>(44)</sup>. L'exception 4<sup>o</sup>*quater* couvre quant à elle la communication d'œuvres (en ce compris les œuvres sonores et audiovisuelles) par le biais de réseaux fermés. La mise à disposition de l'œuvre, de même que son téléchargement, impliquent également des actes de reproduction (*cfr infra*). Il est dès lors difficile d'imaginer un système cohérent d'exceptions au bénéfice de l'enseignement sans y inclure la possibilité de reproduire, au moins partiellement, des œuvres sonores et audiovisuelles.

On remarquera qu'outre le fait qu'elle la complémente, l'exception 4<sup>o</sup>*ter*, qui vise également l'illustration de l'enseignement, est, en fait, très similaire à l'exception 4<sup>o</sup>*bis*. Comme pour l'exception 4<sup>o</sup>*bis*, l'exception 4<sup>o</sup>*ter* doit s'appliquer en faisant une distinction en fonction du type d'œuvre et selon les mêmes principes: la reproduction intégrale est uniquement autorisée en ce qui concerne les articles ou les œuvres plastiques, alors que seule une reproduction fragmentaire est permise en ce qui concerne les autres œuvres. L'application de ce principe en matière d'audiovisuel appelle une remarque spécifique. Les œuvres audiovisuelles ne pouvant, selon nous, être considérées comme étant des «articles» ou des «œuvres plastiques» en tant que telles, seule une reproduction fragmentaire de pareilles œuvres semble être expressément autorisée. Ceci est regrettable, dans la mesure où, comme le soulignent certains auteurs, «les enseignants ont bien souvent besoin, notamment dans le secteur de l'audiovisuel ou de la musique, de l'intégralité d'une œuvre pour travailler convenablement avec les élèves»<sup>(45)</sup>.

On retrouve dans l'exception 4<sup>o</sup>*ter* le même «résidu» déjà critiqué dans l'analyse de l'exception 4<sup>o</sup>*bis*: la reproduction doit être faite «à l'aide de toute technique photographique ou de toute autre méthode produisant un résultat similaire». De même que pour l'exception de reprographie, cet ajout semble aller à l'encontre de l'objectif de l'exception visant à couvrir toute reproduction sur un support autre que le papier ou support similaire. Si le scan fait effectivement appel à une technique photographique, le document présenté sur la surface vitrée de l'appareil étant photographié (captation de lumière), la simple reproduction d'un fichier numérique sur un support numérique ne fait aucunement appel à pareille technologie. Comme pour l'exception 4<sup>o</sup>*bis*, ce passage

semble bien inutile, le critère de format de destination étant quant à lui clair et déterminant.

Enfin, la reproduction doit être faite dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre. Elle ne peut également se faire que si la source et le nom de l'auteur sont indiqués, à moins que cela ne s'avère impossible. Ces conditions étant déjà commentées dans le point précédent et n'appelant pas de commentaires supplémentaires, nous ne les analyserons pas davantage.

### C. Exécution dans le cadre d'activités scolaires (exception 3<sup>o</sup>)

L'exception prévue à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, n° 3 fut également modifiée par la loi de 2005. Avant cette modification, l'exception ne couvrait que la communication gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille. Il s'agissait de l'exception pour «communication privée»<sup>(46)</sup>.

À la suite de la loi de 2005, l'exception intéresse également l'enseignement. Elle couvre en effet à présent:

«L'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille ou dans le cadre d'activités scolaires».

Dans le cadre de la présente contribution, nous n'analyserons cette limitation aux droits d'auteur qu'en ce qu'elle concerne les «activités scolaires».

La première modification apportée au texte a pour effet de restreindre les actes couverts par l'exception: le texte ne parle plus de «communication» mais d'«exécution».

L'«exécution» est une communication particulière impliquant unité de temps et de lieu; elle doit être effectuée en présence d'un public rassemblé à l'endroit originaire et au moment de la communication<sup>(47)</sup>. Les travaux parlementaires précisent qu'il s'agit d'une «communication sur place»<sup>(48)</sup>. L'«exécution» vise aussi bien la représentation d'œuvres en *live* par une ou plusieurs personnes (les concerts, les représentations théâtrales, les récitations ou tout autre spectacle) que la projection ou l'exécution en public d'œuvres enregistrées sur tout support par les moyens techniques appropriés (la projection de films, le fait de passer de la musique, la présentation de diapositives, les présentations Power Point, etc.). Le terme «exécution» est généralement opposé à la

(44) M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 495.

(45) A. LEBOIS, *op. cit.*, p. 19; voy. aussi M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 495.

(46) Pour une analyse des modifications de cette exception apportées par la loi de 2005, voy. Ph. LAURENT et O. SASSERATH, «Droit d'auteur: l'exception pour com-

munication privée revisitée», *D.C.C.R.*, 2006, n° 72, pp. 31-50.

(47) Ph. LAURENT et O. SASSERATH, *op. cit.*, p. 44, B. MICHAUX, «Étendue des droits: jurisprudence choisie de la Cour de cassation», *A&M*, 2004/5-6, p. 475.

(48) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/010, p. 9 et n° 1137/013, p. 32.

transmission (ou la retransmission), à savoir la communication faite à une personne ou un public non présent au lieu d'origine de cette communication. De même, le terme «exécution» se distingue de la mise à disposition d'œuvres par réseau (ce type de transmission dans le cadre de l'enseignement est spécifiquement visé par la nouvelle exception consacrée, à savoir l'exception 4<sup>o</sup> *quater*, *cfr infra*). L'exception modifiée ne couvre donc ni les actes de transmission, ni les actes de mise à disposition<sup>(49)</sup>.

Plusieurs raisons peuvent expliquer pareille modification.

Tout d'abord, nous noterons que cette modification a pour effet d'aligner l'exception aux droits d'auteur sur l'exception correspondante en droits voisins<sup>(50)</sup>. L'article 46, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la L.D.A. prévoyait en effet déjà une exception aux droits voisins pour «l'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle de famille ou dans le cadre d'activités scolaires».

Ensuite, cette restriction textuelle semble aller de pair avec la nouvelle définition de l'acte de communication au public telle qu'établie à l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur le droit d'auteur modifiée par la loi de 2005. En effet, par transposition de la directive<sup>(51)</sup>, le droit exclusif de communication au public comprend à présent explicitement «la mise à disposition au public de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement»<sup>(52)</sup>. Le terme «communication» a donc été remplacé par le terme «exécution» afin de s'assurer que l'on ne puisse pas interpréter l'exception comme couvrant également la transmission par réseau<sup>(53)</sup>.

Enfin, le passage de la «communication» à la simple «exécution» peut s'expliquer par une argumentation ayant trait à la légitimité de l'exception au regard de la directive 2001/29/CE. On remarque en effet que, parmi la liste exhaustive des exceptions proposées par l'article 5 de la directive, aucune ne porte sur la communication dans le cercle de famille.

De même, la notion d'activité scolaire étant, selon nous, plus large que l'activité d'illustration pour l'enseignement, cette exception pourrait être considérée comme n'étant pas reprise dans la liste exhaustive des exceptions autorisées par la directive<sup>(54)</sup>. Malgré cette absence de la liste des exceptions autorisées, plusieurs arguments peuvent être avancés afin de justifier la présence de l'exception dans la liste belge. Certains auteurs, auxquels nous nous sommes déjà ralliés<sup>(55)</sup>, estiment que l'exception puise sa légitimité dans la *grand father clause* prévue à l'article 5, § 3, point *a*, de la directive<sup>(56)</sup>. Ces auteurs concluent dès lors que l'exception ne peut s'appliquer qu'à des utilisations analogiques et qu'elle a été précisément modifiée afin de ne viser que ce cas d'espèce. Dans le même sens, un commentateur explique que l'harmonisation opérée par la directive 2001/29/CE ne s'étend de toute façon, à la lecture de son considérant n° 23, qu'à la communication au public non présent au lieu d'origine de la communication, à savoir à la transmission et retransmission: l'exécution n'étant pas visée par la directive, libre au législateur belge de prévoir une exception à ce sujet<sup>(57)</sup>. Ces arguments permettent donc de confirmer qu'en aucun cas, l'«exécution» pour activité scolaire ne pourra être interprétée comme couvrant d'autres activités de communication (transmission, retransmission ou mise à disposition sur réseau).

La seconde modification de l'exception porte précisément sur son extension au «cadre d'activités scolaires».

Cette extension répond également au souci d'établir un parallélisme complet entre l'exception étudiée et l'exception correspondante en matière de droits voisins (article 46, 3<sup>o</sup>, de la L.D.A., *cfr supra*).

Selon les travaux parlementaires, et plus précisément selon les parlementaires à l'origine de cet amendement, ce dernier «procède du souci d'égalité permettre, dans les écoles, la communication sur place, par exemple au moyen de présentations

(49) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, 2006, p. 137.

(50) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/010, p. 9.

(51) Article 3, 1).

(52) Voy. l'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, de la L.D.A., tel que modifié par la loi du 22 mai 2005.

(53) Certains auteurs, auxquels nous nous joignons, présentent cette modification comme une réelle restriction. Voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, pp. 137 et s.; M.-C. JANSSENS, «De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005 - Een eerste analyse», *A&M*, 2005, n° 6, p. 491. D'autres auteurs estiment cependant qu'il faut donner au terme «exécution» le même contenu que ce qui était reconnu au terme «communication», et que ces deux mots doivent être considérés comme étant «synonymes». Voy. H. VANHEES, «Het "publieke"

karakter van een mededeling opnieuw het voorwerp van rechtspraak van het Hof van Cassatie», *A&M*, 2006/2, p. 184.

(54) S. DUSOLIER, *in* G. WESKAMP, *op. cit.*, p. 125.

(55) Ph. LAURENT et O. SASSERATH, *op. cit.*, p. 46.

(56) Cette clause permet de prévoir d'autres exceptions que celles de la liste de l'article 5 «lorsqu'il s'agit d'une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n'affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la Communauté». Voy. F. BRISON et B. MICHAUX, «La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique», *A&M*, 2005/3, p. 215; S. DUSOLIER, *op. cit.*, p. 125.

(57) B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 475.

Power Point»<sup>(58)</sup>. L'objectif était donc aussi de créer une exception pour l'enseignement «en présentiel», censée compléter la nouvelle exception de communication au public à distance à des fins d'enseignement et de recherche scientifique (exception 4<sup>o</sup>quater, *cfr infra*).

Mais si le but était de permettre en présentiel ce qui est maintenant permis «à distance», l'on se demandera alors pourquoi l'exception couvre les «activités scolaires» et non «l'enseignement et la recherche scientifique». En effet, les activités scolaires constituent un champ d'activité plus large que l'enseignement en tant que tel<sup>(59)</sup>, puisqu'elles incluent également, par exemple, certains usages sociaux ou récréatifs des œuvres<sup>(60)</sup>. Par contre, l'on pourrait regretter le terme «scolaire» que certains risqueraient d'associer plus volontiers, mais à tort selon nous, aux enseignements primaires et secondaires qu'aux enseignements universitaires ou autres formations professionnelles. De plus, les activités scolaires ne semblent pas, *a priori*, englober les recherches scientifiques<sup>(61)</sup>.

S'agissant d'«exécution», l'on remarquera également que certains actes de communication (une diffusion radiophonique ou télévisuelle au sein du bâtiment scolaire, par exemple) ne seront pas couverts par l'exception 3<sup>o</sup>, ni d'ailleurs, comme nous le verrons, par l'exception 4<sup>o</sup>quater.

Enfin, à la lecture de l'énoncé de l'exception 3<sup>o</sup>, l'on se demandera si les communications effectuées dans le cadre d'activités scolaires doivent également être «privées et gratuites»: l'on pourrait en effet prétendre que ce n'est que lorsqu'elle est effectuée dans le cercle de la famille que la communication doit répondre à ces conditions<sup>(62)</sup>.

Il paraît à première vue difficile d'accorder le terme «privé» avec la conception de l'enseignement lorsqu'il s'agit d'établissements publics. Cependant le terme «privé» désigne, selon les travaux préparatoires de la loi (si l'on s'en réfère aux explications

données à propos de la copie «privée»), aussi bien l'usage personnel ou familial que l'utilisation dans et pour une entreprise (et donc, pourquoi pas également un établissement d'enseignement)<sup>(63)</sup>. Il s'agirait dès lors de préciser que l'exécution dans le cadre d'activités scolaires ne s'appliquerait que lorsqu'elle aurait lieu dans le cadre du cours et uniquement pour les personnes qui le suivent.

Par ailleurs, nous avons pu remarquer que les autres exceptions au droit d'auteur au profit de l'enseignement imposent un usage des œuvres dans un «but non lucratif». Nous avons vu que cette expression, à l'inverse du terme «gratuit», n'empêchait pas d'imposer au participant le paiement d'une contribution aux frais de l'enseignement. Exiger, d'une part, qu'une exécution dans le cadre d'un enseignement soit gratuite, alors que, d'autre part, en application des exceptions 4<sup>o</sup>bis et 4<sup>o</sup>ter, de la documentation pourrait être distribuée aux étudiants à charge pour ces derniers de payer une contribution aux frais, paraît dès lors manquer de cohérence. Cependant, il semble se dégager une règle générale selon laquelle les exceptions pédagogiques ne pourraient être invoquées que lorsqu'il n'y a pas de profit.

Si l'on imagine la situation inverse, interpréter l'exception 3<sup>o</sup> comme permettant toute exécution à la seule condition que celle-ci soit faite dans le cadre d'activités scolaires risquerait d'ouvrir la porte à certains excès. L'exception pourrait en effet être invoquée dans le cadre de «booms de réthos», «cinéforums» et autres *fancy fairs*<sup>(64)</sup>, ce qui paraîtrait inacceptable.

Nous serions dès lors favorable à une interprétation et une application nuancées de l'exception. Seules les activités pédagogiques, didactiques ou d'encadrement récréatif devraient bénéficier de l'exception de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>. L'exception ne devrait jouer que lorsque l'exécution est utile à l'enseignement ou à l'encadrement des élèves au sein de l'institut d'enseignement, durant les périodes scolaires ou d'ensei-

(58) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/010, p. 9 et n° 1137/013, p. 32.

(59) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 138.

(60) M.-C. JANSSENS, *op. cit.*, p. 491.

(61) Certains auteurs ne se formalisent pas outre mesure et considèrent que l'exception «couvrira les utilisations ne pouvant pas tomber sous le coup de l'exception précitée en faveur de l'enseignement et de la recherche scientifique (et de ses conditions d'application)». Voy. F. BRISON et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 215.

(62) M.-C. JANSSENS ne semble pas se poser la question, interprétant l'exception comme permettant l'exécution gratuite et privée dans le cercle de famille, mais également «l'exécution dans le cadre d'activités scolaires». L'auteur insiste également sur le fait qu'alors que l'exception pour la communication à distance à des fins

d'enseignement et de recherche impose des conditions très strictes, l'exception de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, n'impose aucune condition spéciale. Nous en concluons que, selon l'auteur, le caractère privé et gratuit de l'exécution ne serait imposé qu'en ce qui concerne la communication dans le cercle de la famille, et pas dans le cadre d'activités scolaires. Voy. *op. cit.*, p. 491. Par contre F. BRISON estime que l'exception de l'article 46, 3<sup>o</sup> (sur lequel a été calqué le nouvel article 22, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>) porte effectivement sur les exécutions privées et gratuites dans le cadre des activités scolaires. Voy. *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Larcier, 2001, p. 429.

(63) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1993-1994, n° 473/33-91/92, p. 193.

(64) F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 123.

gnement normales. Par contre, l'exception ne devrait pas s'appliquer en cas de festivités ou événements ouverts au public. L'aspect «privé» de pareilles exécutions impliquerait que seuls les élèves, le personnel de l'établissement scolaire et éventuellement les parents des élèves pourraient y assister<sup>(65)</sup>. La finalité non lucrative de ces exécutions devrait également être respectée.

### III. Nouvelle exception *e-learning*

Une autre nouveauté importante apportée par la loi de 2005 est la consécration d'une nouvelle exception 4<sup>o</sup>*quater* à l'enseignement à distance par le biais de réseaux, soit l'*e-learning*.

Cette exception prévoit que l'auteur ne peut interdire:

«la communication d'œuvres lorsque cette communication est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics et pour autant que cette communication soit justifiée par le but non lucratif poursuivi, se situe dans le cadre des activités normales de l'établissement, soit effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre, et à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée».

Cette fois, l'exception vise bien la communication dans son sens global. Cependant, une restriction très importante est immédiatement apportée à l'objet de l'exception: il doit s'agir d'une communication effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement. Ne sont donc visées que les communications par réseaux, ce qui implique une communication, par l'intermédiaire de matériel de diffusion d'information, entre une source d'information et l'endroit de sa réception. Les travaux parlementaires précisent que la «fermeture» du réseau ne vise pas le *hardware*, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'établir des limites physiques ou géographiques (intranet), ce qui n'aurait aucun sens dans une logique d'enseignement à distance. Le but est de limiter la communication à un cercle strictement déterminé de personnes identifiées, com-

posé d'enseignants, d'étudiants ou de chercheurs<sup>(66)</sup>. L'exemple typique visé est le cas de l'extranet, grâce auquel les étudiants peuvent avoir accès, par le biais d'Internet, aux cours et documents en s'identifiant au préalable par leurs noms d'utilisateurs et mots de passe<sup>(67)</sup>. Les travaux préparatoires précisent également que «c'est l'établissement d'enseignement ou de recherche scientifique qui doit être le gestionnaire du réseau et qui doit autoriser l'accès aux données». Cette prescription nous semble souligner la responsabilité des établissements: étant à l'origine de la communication, et celle-ci se faisant sans l'autorisation de l'auteur mais sous la couverture d'une exception d'enseignement, c'est à eux qu'il appartient de s'assurer que seuls les étudiants, professeurs et chercheurs aient accès au réseau.

L'exception couvrant un véritable acte de communication par réseau, en ce compris l'Internet, le risque de dissémination abusive et incontrôlée des œuvres est beaucoup plus présent. La condition de réseau fermé, à elle seule, n'empêcherait pas à toute personne de s'improviser enseignant et d'offrir l'accès à des œuvres protégées sur un site où quiconque pourrait s'enregistrer et recevoir un mot de passe gratuitement et automatiquement. Le législateur belge a donc ajouté d'autres conditions assez restrictives (et, rappelons-le, cumulatives) afin d'éviter tout excès.

Les établissements qui pratiqueraient l'*e-learning* sous le couvert de l'exception doivent être reconnus ou organisés officiellement à des fins d'enseignement ou de recherche par les pouvoirs publics. Remarquons que cette condition spécifique n'apparaît que dans le cadre de l'exception d'enseignement à distance<sup>(68)</sup>. Une distinction classique est faite en Belgique entre l'enseignement officiel (organisé ou subventionné par les Communautés) et l'enseignement libre (subventionné par les Communautés). Aucun doute ne devrait exister quant au fait que l'exception profite à ces deux types d'enseignement, l'octroi de subventions entraînant une «reconnaissance» certaine. Ceci devrait également s'appliquer à l'enseignement supérieur, universitaire ou non. L'«autorité publique» reconnaissant les établissements d'enseignement sera logiquement celle ayant l'enseignement dans ses attributions. On se demandera aussi si cette autorité pourrait être étrangère. Pensons par

(65) F. BRISON, *op. cit.*, p. 429.

(66) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/008, p. 15.

(67) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/013, p. 34.

(68) Cette condition apparut pour la première fois dans les modifications apportées par la loi de 1998 en matière de bases de données. En effet, de même qu'elle reconnut la protection des bases de données par le droit

d'auteur, cette loi introduisit l'article 22*bis* de la loi sur le droit d'auteur et relative aux exceptions spécifiques en matière de bases de données. L'exception n° 4 prévue à l'article 22*bis* prévoyait déjà la possibilité de communiquer une base de données sans autorisation du titulaire de droits aux établissements reconnus ou organisés à des fins d'enseignement ou de recherche par les pouvoirs publics. Les travaux préparatoires de la loi de 1998 n'aident cependant pas l'interprétation de cette condition.



exemple aux instituts de langues subventionnés, organisés ou reconnus par d'autres États mais établis en Belgique<sup>(69)</sup>, ou même, sans entrer dans des considérations de droit international privé, aux formations *on-line* proposées aux Belges à partir d'autres pays ou aux réseaux internationaux d'échanges de ressources. Aucun éclaircissement n'est apporté dans les travaux préparatoires à cet égard. Bien que l'on puisse penser que seuls les pouvoirs publics belges furent envisagés par le législateur<sup>(70)</sup>, pareille interprétation se confronterait aux principes régissant le marché unique européen et à la libre circulation des services.

La communication doit se situer dans le cadre normal des activités de l'établissement<sup>(71)</sup>. À première vue, les activités normales de l'établissement devraient être «l'enseignement et la recherche». En dehors de ces deux activités, l'exception ne s'appliquera pas<sup>(72)</sup>. Cette condition supplémentaire peut s'interpréter comme limitant la portée de l'exception aux cours donnés dans le cadre des programmes et enseignements usuels dispensés par l'établissement aux étudiants régulièrement inscrits<sup>(73)</sup>. Il n'empêche qu'une référence à la notion de normalité risque d'ouvrir les portes à une certaine subjectivité.

L'exception d'*e-learning* ne s'applique que si la communication est justifiée par un but non lucratif et pour autant que la source et le nom de l'auteur soient indiqués. Nous renvoyons une fois de plus à ce qui a été dit précédemment à cet égard.

Enfin, les travaux préparatoires rassurent les titulaires de droits en précisant que: «toutefois cette exception est encadrée par des conditions strictes afin qu'elle ne puisse porter préjudice à l'exploitation normale des œuvres»<sup>(74)</sup>. Aussi strictes que soient les conditions précitées, le législateur n'a, malgré tout, pas manqué de prévoir explicitement l'interdiction de porter préjudice à l'exploitation normale des œuvres, une condition déjà analysée ci-dessus.

Une dernière chose semble devoir être soulignée: contrairement aux exceptions 4<sup>o</sup>*bis* et 4<sup>o</sup>*ter*, l'exception 4<sup>o</sup>*quater* ne fait pas de distinction entre les articles ou œuvres plastiques et les autres œuvres. Toutes pourraient dès lors, à condition de remplir les

autres conditions de l'exception, être communiquées dans leur intégralité. D'une part, on pourrait établir un parallèle avec l'exception 3<sup>o</sup> sur l'exécution dans le cadre d'activités scolaires, qui ne fait également pas cette distinction. Il s'agit dès lors d'une distinction qui n'est opérée qu'en cas de reproduction, mais pas en cas de communication au public. Mais d'autre part, il est difficile de s'empêcher de comparer les exceptions du groupe 4<sup>o</sup> entre elles, et d'entamer une réflexion sur la nouvelle définition de la «communication au public» qui comprend à présent «la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement». Le lien entre l'exception 4<sup>o</sup>*quater* et cette nouvelle définition de la communication est aisé: la communication au public s'étend aux actes de diffusion et de mise à disposition sur internet, et il a donc fallu mettre en place une exception qui couvre l'usage du réseau à des fins d'enseignement. Pareil type de communication est cependant atypique, car, d'une part, elle est encore souvent liée à des technologies impliquant des copies transitoires, et d'autre part, elle constitue généralement la source de copies effectuées sur le poste d'accès. En d'autres termes, pareille communication est en fait un mélange entre la communication (dans le sens traditionnel de diffusion d'information) et la reproduction transitoire, qui peut au final déboucher (en fonction des restrictions d'usage éventuellement prévues par des mesures techniques) sur une reproduction permanente.

Cette considération a des répercussions en pratique. Un professeur ne pourra pas distribuer en classe des photocopies d'un livre entier ou des copies intégrales d'œuvres audiovisuelles, les exceptions 4<sup>o</sup>*bis* et 4<sup>o</sup>*ter* n'autorisant qu'une reproduction fragmentaire de pareils types d'œuvres. Par contre, à supposer que les conditions de l'exception 4<sup>o</sup>*quater* soient remplies, cette disposition permettrait à un professeur de mettre à disposition (*upload*) l'intégralité du film ou du livre étudié sur le réseau *e-learning* de son établissement. Après y avoir accédé, l'étudiant pourrait alors télécharger (*download*) ces œuvres sous le couvert, cette fois, de l'exception de copie privée (exception 5<sup>o</sup>). Toujours sous le couvert de la copie privée, l'étu-

(69) *L'Instituto Cervantes*, *Le Goethe-Institut*, ou *l'Alliance Française* par exemple...

(70) Outre les exceptions relatives à l'enseignement, l'expression «établissements reconnus par les pouvoirs publics» apparaît également à l'article 63 de la loi sur le droit d'auteur concernant le prêt public. On se souviendra que le Gouvernement de la Communauté française a dû prendre un arrêté spécial afin de désigner les bibliothèques qui devaient être considérées comme répondant à cette appellation. Voir l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française relatif aux bibliothèques reconnues ou agréées par la Communauté française du 1<sup>er</sup> décembre 1997, *M.B.*, 5 mai 1998.

(71) Cette condition était également déjà présente dans le cadre de l'exception au droit de communication en matière de base de données (article 22*bis*, n° 4).

(72) Ce qui est confirmé dans l'exposé des motifs de la loi de 1998 en ce qui concerne l'exception 4<sup>o</sup> de l'article 22*bis*. Voy. *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1997-1998, n° 1535/1-97/98, p. 51.

(73) S. DUSOLIER, in G. WESKAMP, *op. cit.*, p. 127.

(74) *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2003-2004, n° 1137/008, p. 15.

diant pourra graver le film sur un DVD. Par contre, sous le couvert de l'exception de reprographie privée (exception 4<sup>o</sup>) l'étudiant ne pourra imprimer qu'un court fragment du livre... Bref, un résultat également peu cohérent, et une exception *e-learning* qui permettrait d'aller plus loin que l'exception de copie.

## V. Dernières considérations d'ordre général et conclusion

Nous avons pu constater que les enseignants et leurs établissements bénéficiaient de plusieurs exceptions aux droits d'auteur leur permettant d'utiliser tout ou partie d'œuvres afin d'illustrer leur enseignement sans demander l'accord préalable des auteurs. Deux exceptions concernent des actes de reproduction, deux autres des actes de communication au public. Alors que l'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, de la loi a été complété, conformément à l'article 4 de la directive, afin de reconnaître explicitement aux auteurs le droit exclusif de distribution (qui, antérieurement, leur était déjà attribué implicitement par la doctrine et la jurisprudence sous le couvert de la conception synthétique des droits, et plus spécifiquement du droit de reproduction), aucune exception à ce droit n'a été prévue en Belgique. La possibilité de prévoir des exceptions au droit de distribution était cependant prévue à l'article 5, § 4, de la directive. Nous nous retrouvons donc avec une loi belge sur le droit d'auteur prévoyant explicitement un «troisième» (si l'on suit la structure de la directive) droit exclusif, mais n'y consacrant aucune exception. Il nous paraît cependant peu concevable que le législateur ait voulu permettre aux enseignants de photocopier un texte pour les étudiants sans pour autant les autoriser à distribuer ces photocopies... Pour combler ce vide, il faudrait donc toujours invoquer le principe (pour-

tant mis à mal) du caractère synthétique des droits d'auteur afin de pouvoir interpréter les exceptions de reproduction comme couvrant les actes de distribution des copies réalisées. L'on se serait cependant bien passé de pareil détour, qui nous semble énerver le principe général d'interprétation stricte des exceptions.

Les éléments frappants qui découlent de l'analyse effectuée ci-dessus sont le nombre, la diversité et la complexité des conditions qui encadrent les exceptions. En matière d'*e-learning* un établissement doit remplir une véritable *check list* de pas moins de sept conditions avant de pouvoir montrer patte blanche. Certaines de ces conditions sont par ailleurs floues, redondantes, ou font appel à des notions assez subjectives (telles que le «cadre normal des activités» ou «l'usage normal de l'œuvre»). Ce qui marquera également le lecteur, c'est le manque de cohérence sur un plan horizontal. L'exception 3<sup>o</sup> (exécution dans le cadre scolaire) ne partage aucune des conditions des autres exceptions, du moins à l'identique. L'exception d'*e-learning*, contrairement aux exceptions de reproduction, n'impose pas la distinction entre les articles et les œuvres plastiques, d'une part, et les autres œuvres, d'autre part. Par contre, elle impose que les établissements soient reconnus officiellement par les autorités publiques. On a cependant parfois du mal à comprendre la raison de ces distinctions.

En conclusion, la loi de 2005, loin de faciliter la tâche des enseignants qui voudraient s'assurer de ne pas commettre de faux pas, a établi un système foncièrement hétérogène et semé d'embûches. On se souviendra pourtant que l'article 5, § 3, *a*, de la directive laissait au législateur une latitude assez étendue quant à la promulgation d'exceptions au bénéfice de l'illustration de l'enseignement. Nous ne pourrions dès lors qu'exhorter le législateur à effectuer une refonte plus réfléchie et harmonieuse du système actuel.

Tableau récapitulatif des exceptions pédagogiques

	REPRODUCTION		COMMUNICATION AU PUBLIC	
EXCEPTIONS COMPARAISONS	COPIE PAPIER OU SUR FORMAT SIMILAIRE Article 22, § 1 <sup>er</sup> , 4 <sup>o</sup> <i>bis</i>	AUTRES COPIES Article 22, § 1 <sup>er</sup> , 4 <sup>o</sup> <i>ter</i>	E-LEARNING Article 22, § 1 <sup>er</sup> , 4 <sup>o</sup> <i>quater</i>	EXÉCUTION PRIVÉE Article 22, § 1 <sup>er</sup> , 3 <sup>o</sup>
Actes couverts	– La reproduction fragmentaire ou <i>intégrale</i> d'articles ou d'œuvres plastiques – La reproduction de <i>courts fragments</i> d'autres œuvres	– La reproduction fragmentaire ou <i>intégrale</i> d'articles ou d'œuvres plastiques – La reproduction de <i>courts fragments</i> d'autres œuvres	La communication d'œuvres	– exécution <i>privée</i>
«Destination» / Technologie	– Destination papier ou similaire *	– Destination autre que papier ou similaire *	Au moyen de <i>réseaux de transmission fermés</i> de l'établissement	
Poseur d'acte			Les établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin par les pouvoirs publics	
Activité	Illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique	Illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique	– Illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique – <i>Cadre normal des activités de l'établissement</i>	Activité scolaire
Aspects pécuniaires	But non lucratif	But non lucratif	But non lucratif	«Gratuit»
Intégration explicite d'une étape du test des trois étapes	Ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre	Ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre	Ne pas porter préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre	
Condition de forme	Mention de la source et du nom de l'auteur dans la mesure du possible	Mention de la source et du nom de l'auteur dans la mesure du possible	Mention de la source et du nom de l'auteur dans la mesure du possible	